

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

FUNDAMENTO JURÍDICO DA ESCOLHA DE ENTIDADE REGULADORA ÚNICA NAS MICRORREGIÕES

DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIÇOS PÚBLICOS. SANEAMENTO BÁSICO. REGULAÇÃO. 1. *Escolha da entidade reguladora. Designação de regulador único para todos os Municípios que integram autarquia microrregional. Competência da própria microrregião. Inteligência da Lei federal nº 11.445/2007.* 2. *Normas regulatórias pré-existentes. Recepção pela nova entidade.* 3. *Remuneração regulatória. Natureza de preço público do custeio da atividade de regulação de serviços públicos.* 4. *Cooperação entre entidades reguladoras. Instrumentos e critérios para a sua formalização.*

Sumário

Relatório	2
Consulta.....	3
1. Competência da Microrregião de designar uma única agência reguladora para todos os Municípios que a integram.....	5
1.1. Natureza da regulação e da sua atribuição	5
1.2. Competência das Microrregiões para definição do regulador	14
2. Consequências da definição da Arce como a única reguladora nas Microrregiões.....	20
2.1. Transição das regras regulatórias	20
2.2. Remuneração regulatória.....	24
2.3. Possibilidade de articulação da ARCE com a ACFOR e a ARIS	28
3. Respostas aos quesitos.....	31

Relatório

As Microrregiões de Água e Esgoto do Ceará (MRAE's), instituídas pela Lei Complementar nº 247/2021, pretendem designar uma única entidade de regulação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no âmbito de todos os Municípios que as integram.

Atualmente, a regulação dos serviços é desempenhada por três entidades: a Agência Reguladora do Estado do Ceará ("Arce"); a Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento ("Aris-CE" ou "Aris"); e a Agência de Regulação, Fiscalização e Controle dos Serviços Públicos de Saneamento Ambiental de Fortaleza ("ACFor"). A proposta consiste em estabelecer a Arce como única entidade responsável pela regulação dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no Ceará.

Diversas são as razões que motivam a iniciativa.

Em uma prestação regionalizada, adota-se uma política de tarifa única, com subsídios cruzados entre as diferentes localidades. Há, portanto, uma integração do ponto de vista econômico-financeiro. Essa integração não convive com uma fragmentação regulatória.

É necessário que, para a prestação eficiente dos serviços, que a regulação seja a mais uniforme possível. Isso porque, como os contratos, como já se disse, preveem tarifa única (ou uniforme), os serviços tornar-se-ão economicamente inviáveis caso cada unidade federativa possa alterar as condições tarifárias e de operação aplicáveis.

Além desse aspecto econômico, sistemas regulatórios com regras divergentes trazem insegurança jurídica para o setor e dificultam o atendimento às finalidades regulatórias. Não por outro motivo, a partir da edição da Lei

federal nº 14.026, de 15 de julho de 2020, a uniformidade da regulação passou a ser diretriz nacional para os serviços públicos de saneamento básico.

Inclusive, com esse objetivo, a legislação federal previu a competência de a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA instituir normas de referência, além de estipular diversos estímulos, em especial por meio da regionalização, no sentido de evitar a multiplicidade de reguladores e de critérios regulatórios.

Nesse sentido, foi formulada a seguinte

Consulta

Vazada nos seguintes quesitos:

Em relação à competência das microrregiões de designar a entidade reguladora:

- i. Após a instituição das microrregiões, a designação de uma entidade reguladora deve, obrigatoriamente, passar pela aprovação do Colegiado Microrregional a qual o Município pertence?*

Em relação aos municípios delegados à Aris:

- ii. Como se dará a cobrança da taxa de regulação, haja vista que a delegação a Aris se deu por meio de lei municipal?*
- iii. Como ficará a regulação dos resíduos sólidos, considerando que todos os serviços públicos de saneamento básico tiveram sua regulação delegada à Aris?*
- iv. No caso da concessão do Crato, a regulação permanecerá com a Aris, haja vista haver previsão contratual sobre esta ser a reguladora? A Arce se tornaria reguladora do Saaec (abastecimento de água)?*
- v. A Aris já editou resolução sobre as condições de prestação dos serviços. Como deve ser a migração entre as resoluções da Aris*

para um padrão definido pela Arce (sempre em consonância com as NRs da ANA)?

Em relação às atividades da ACFor e Aris:

- vi. Caso a Arce delegue parte das operações à ACFor e Aris, qual o instrumento que as agências devem celebrar?*
- vii. Considerando que estas agências não desempenham todas as atividades atinentes à regulação, não realizando fiscalização dos serviços, por exemplo, faz sentido a parceria entre a Arce e essas agências?*
- viii. Como deve ser a transição da regulação dessas agências para a Arce, considerando que a delegação das MRs será imediata?*

Em relação à remuneração regulatória

- ix. A taxa de regulação da ACFor é baseada no faturamento da Cagece no Município de Fortaleza. Permaneceria a mesma base de cálculo ou se poderia migrar para a base atualmente utilizada pela Arce?*

Em relação ao saneamento rural

- x. A delegação das MRAE's à Arce já incluiria o saneamento rural ou será omissa neste tema?*

Sobre a regulação do manejo de águas pluviais urbanas

- xi. A lei das microrregiões considerou como funções públicas de interesse comum os serviços públicos de abastecimento de água, de esgotamento sanitário e de manejo de águas pluviais urbanas. Isto significa que a Arce regulará o manejo das águas pluviais urbanas?*

Para responder à consulta, o presente documento foi estruturado em três grandes partes. Na primeira, será analisada a competência da Microrregião de designar a Arce como única autoridade reguladora para os Municípios dela integrantes. Para tanto, será esclarecida a natureza da função regulatória e de sua instituição, para, na sequência, delimitar a competência das Microrregiões.

Na segunda parte, serão apresentadas as principais consequências da adoção da proposta. Em especial: a transição das regras regulatórias, a remuneração regulatória e a possibilidade de, no futuro, as agências estabelecerem cooperação, de forma a duas delas atenderem a atividades para elas delegadas pela Arce.

Por fim, serão respondidos os quesitos formulados.

1. Competência da Microrregião de designar uma única agência reguladora para todos os Municípios que a integram

1.1. Natureza da regulação e da sua atribuição

A Constituição Federal, ao dispor sobre a ordem econômica, definiu a livre iniciativa como fundamento primordial. Com isso, assegurou aos particulares a liberdade de empreender e conduzir atividades econômicas, desde que, claro, em respeito aos condicionantes também estabelecidos pela Constituição. É o que se depreende do art. 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Contudo, ao mesmo tempo, a Constituição admite, excepcionalmente e segundo determinados critérios, que o Estado intervenha sobre a economia.

Essa intervenção pode ocorrer de duas maneiras. Primeiro, de forma direta, pela constituição de empresas estatais que explorem atividades

econômicas (art. 173¹). Segundo, de forma indireta, pela via da regulação (art. 174²), caso em que o Estado, mediante o manejo de um conjunto de competências normativas, fiscalizatórias, sancionatórias e adjudicatórias, direciona a exploração de atividades econômicas de maneira a consagrar valores constitucionalmente relevantes.³

A regulação pode ser definida, em relação à exploração de *atividades econômicas*, como a “*função pública de intervenção, em face da ordem econômica, pela qual o Estado restringe, disciplina, promove ou organiza as iniciativas pública e privada no âmbito econômico, com vistas a assegurar seu funcionamento equilibrado e o atingimento de objetivos de interesse público*”⁴.

Apesar de se prever que a função reguladora é exercida *pelo Estado* para disciplinar a exploração econômica, ela também é aplicável às atividades de *sua própria titularidade*, como a prestação de serviços públicos. No caso do saneamento básico, com fundamento no início XX, do art. 21 da Constituição da República, a União instituiu diretrizes que preveem a obrigatoriedade da regulação de ditos serviços públicos, tanto no caso de prestação direta, como no caso de prestação mediante concessão (art. 9º, *caput*, II, Lei federal nº 11.445/2007 (“Lei Nacional de Saneamento Básico – LNSB”).

¹ Constituição da República: “Art. 173. *Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...)*”

² Constituição da República: “Art. 174. *Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (...)*”

³ Floriano de Azevedo MARQUES NETO assim caracteriza essa dupla função da regulação: “(i) *assegurar as condições de permanência da liberdade econômica (assegurar a livre concorrência) e (ii) implementar objetivos de interesse geral (redução das desigualdades etc.)*” (Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 1, n. 1, 2003, p. 4).

⁴ Floriano de Azevedo MARQUES NETO. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 9, n. 33, 2011, p. 8.

No regime instituído pela Lei Nacional de Saneamento Básico, incumbe à regulação assegurar que a prestação dos serviços públicos atenda às metas de universalização e a parâmetros de qualidade e de sustentabilidade econômico-financeira, sem prejuízo da modicidade tarifária.

A regulação, quando incide atividades privadas, é manifestação do poder extroverso estatal, definida e condicionada na forma da lei. Contudo, quando a regulação incide sobre serviços públicos, que são atividades desempenhadas pelo Estado, ou em seu nome, haverá mera a manifestação da atividade de controle exercido pelo Estado sobre os seus próprios atos; ou, no caso de serviços públicos cuja prestação se delegou a privados, de mera gestão contratual – a qual, contudo, pode ultrapassar os limites contratuais, tendo em vista que o regime jurídico do contrato administrativo permite que a Administração Pública altere unilateralmente diversos aspectos do contrato, para a defesa do interesse público.

Logo, os contratos celebrados pela Administração Pública devem ser lidos com cuidado, porque contém dispositivos que, em realidade, não vinculam de forma absoluta a Administração, porque o pacto privado não pode se sobrepor ao interesse público, porém, também reconhece direitos aos particulares que contratam com o Estado, direitos de índole patrimonial, os quais devem ser respeitados pela Administração. Apesar de o Poder Público ser parte em contrato, isso não significa que se mercadeja com o interesse público, porém, o ajuste gera ao particular direitos contratuais, com proteção correspondente.

O fato de a Administração ter de respeitar disposições contratuais, em razão do poder vinculante desses ajustes (o qual é sintetizado na conhecida fórmula *pacta sunt servanda*), não equivale a que esta esteja submetida ao instrumento contratual em todos os aspectos, porque o contrato não pode

contrariar as prerrogativas que a Constituição e o sistema jurídico reconhecem ao Estado, na sua tarefa de defender o interesse público.

O contrato administrativo é diferente do contrato celebrado entre particulares, apesar de, mesmo estes últimos, não poderem dispor de todos os tipos de bens e direitos que integram o seu patrimônio – exemplo dessa circunstância é a condição de que órgãos humanos sejam objeto de contratos de venda e compra.

Contudo, os menos experientes na gestão pública nem sempre compreendem a diferença do contrato administrativo com os contratos de sua economia doméstica. Para essas pessoas, o contrato, mesmo celebrado pela Administração Pública, teria alto poder vinculante, pelo que, caso assim estipulado, uma das partes poderia exigir uma libra de carne do corpo da outra parte. A realidade é bem outra e somente os direitos de índole disponível, em especial os patrimoniais, é que estão submetidos a esse poder vinculante que tão bem identifica os contratos.

Essa distinção é relevante, porque, por vezes, a própria legislação incorre nesse equívoco. Como a lei deve ser sempre lida em harmonia com a Constituição e com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, evidentemente a sua compreensão deve sempre preservar os direitos indisponíveis, em especial as prerrogativas estatais, no poder vinculante dos contratos. Com isso, não pode ser exigível a estipulação contratual que assegure a alguém o direito de ser nomeado para um cargo público – por exemplo, de Secretário ou de Ministro de Estado –, como ainda disposição contratual não pode impedir o Poder Público de definir entidade reguladora, seja extinguindo a existente ou determinando uma outra, por assim compreender as necessidades do interesse público.

Desculpamos pelo que foi exposto acima parecer óbvio, especialmente aos olhos dos gestores públicos mais experientes ou daqueles que possuem formação jurídica. Contudo, tal exposição não é ociosa, porque a legislação que rege o tema deste opinativo parece ter incorrido justamente nesse equívoco: e prever que as prerrogativas estatais e o interesse público, seriam direitos disponíveis a serem mercadejados pelos gestores públicos de plantão, mediante o instituto do contrato. Para comprovar tal surpreendente situação, basta a leitura do art. 23, §1º-B, da Lei federal nº 11.445/2007:

Art. 23. (...)

§1º-B. Selecionada a agência reguladora mediante contrato de prestação de serviços, ela não poderá ser alterada até o encerramento contratual, salvo se deixar de adotar as normas de referência da ANA ou se estabelecido de acordo com o prestador de serviços.

Analisemos o texto legal. Em um primeiro momento, ele afirma “*[s]elecionada a agência reguladora mediante contrato de prestação de serviços*”, o que dá a entender que o ato do Poder Público de atribuir ou delegar poderes de autoridade inerentes à função regulatória seria algo disponível, de sua esfera meramente patrimonial, confundindo-o com a mera prestação de serviços, como se fosse possível a qualquer um de nós ir ao mercado e contratar, para o nosso uso particular, “serviços de regulação”.

Talvez, em uma leitura bondosa e conforme à Constituição, o dispositivo se refira mesmo à *mera prestação de serviços*, no caso serviços técnicos especializados (consultoria econômica ou contábil, por ex.) para apoiar o exercício das atividades de regulação, tipicamente estatais, porque decorrentes de seu atributo de soberania. Porém, não parece fazer sentido que aquele que contrata um profissional não o possa substituir, mesmo que descontente com a qualidade dos serviços, como parece comunicar o restante do dispositivo em comento.

A parte final do dispositivo também não é clara, ao afirmar que “[s]elecionada a agência reguladora mediante contrato de prestação de serviços, ela não poderá ser alterada até o encerramento contratual, salvo (...) se estabelecido de acordo com o prestador de serviços”. Ora, como se vê, o dispositivo legal parece afirmar que a agência reguladora, como prestador de serviços, somente possa ser substituída caso ela mesma concorde com a substituição. Considera, assim, em muitas hipóteses, a delegatária como titular da competência...

Como é óbvio, a atividade de regulação não é mera prestação de serviços, mas sim um poder de autoridade pública. Submeter a determinação do regulador ao contrato retira, portanto, a capacidade de auto-organização do titular. Piora a situação o fato de não se tratar de uma autolimitação, mas sim da União tolhendo parte da capacidade organizativa dos Municípios.

Reiteramos, lembrando aqui as lições do regime dos contratos administrativos, a coexistência de dois tipos de cláusulas: (i) aquelas tipicamente contratuais, de natureza econômica, as quais recebem uma proteção maior contra alterações – nas quais se pode falar, ainda que de forma mitigada, da aplicação do princípio *pacta sunt servanda*; e (ii) as cláusulas *regulamentares*, passíveis de modificação unilateral pelo Estado sempre que razões fundamentadas de interesse público demandarem.

Necessário, aqui, fazer um excursus.

De se ver que a expressão “*interesse público*” não possui apenas um único significado. Nos regimes democráticos, onde há a pluralidade política, diversos projetos disputam o significado do que é o interesse público, dentro dos marcos traçados pela Constituição. É legítimo que uma determinada autoridade, eleita pela maioria que adotou uma outra orientação política, reveja atos de seus predecessores a fim de ajustá-los à nova realidade social e econômica reconhecida democraticamente.

Claro que os atos praticados pela Administração Pública podem gerar direitos aos particulares, e esses direitos devem ser preservados, mas as atribuições públicas em si podem adotar novas orientações – e negar isso é o mesmo que negar a própria democracia. De qualquer forma, resta claro porque autores, como Floriano de Azevedo Marques Neto⁵, preferem utilizar a expressão “interesses públicos” (no plural), ao invés da expressão “interesse público”, a qual, apesar de corriqueira, pode denotar valores incompatíveis com a democracia e o pluralismo político.

Voltando ao tema da classificação entre cláusulas tipicamente contratuais e regulamentares, própria do regime dos contratos administrativo, possível concluir que talvez não haja norma de natureza mais *regulamentar* do que a determinação da *entidade responsável pela regulação*.

Tal mutabilidade do regulador não é sem propósito. Além de que, como já referido, novas orientações ao exercício das atribuições públicas serem naturais – e até essenciais – ao regime democrático-constitucional, é possível cogitar de situações em que tal mudança se mostre imperiosa, pelo que se impõe uma leitura *cum grano salis* do dispositivo legal em análise.

Caso constatada a captura da agência reguladora pelos interesses privados do concessionário, o que a literatura especializada demonstra ser muito comum, a pretensa impossibilidade do exercício da prerrogativa de modificação do regulador, apenas por tal regulador ser mencionado em instrumento contratual, se mostraria desprovida de qualquer legitimidade ou razoabilidade.

Claro que o dispositivo pode ser considerado inconstitucional. No entanto, há que se aplicar aqui a orientação, consagrada, de que “[s]empre que for possível, sem fazer demasiada violência às palavras, interprete-se a

⁵ Floriano de Azevedo MARQUES NETO. Regulação estatal e interesses públicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2002

linguagem da lei com reservas tais que se torne constitucional a medida que ela instituiu ou disciplina”⁶.

Dessa forma, o disposto no art. 23, §1º-B, da LNSB, não deve ser lido como uma estabilização absoluta da entidade reguladora por via do contrato, mas, apenas, como uma limitação à prerrogativa de alteração unilateral – como no caso de a Administração excluir a agência reguladora, não indicando quem irá exercer essas funções. Pode ser ainda um indicativo de que não é no contrato que poderá haver alterações nesse tema.

Todavia, não será o contrato que poderá impedir a Administração Pública de extinguir a entidade reguladora, ou reformular a sua organização – inclusive, por exemplo, suprimindo a sua competência em matéria de saneamento básico. Também não será o contrato que impedirá o Poder Público de criar entidade reguladora, para exercer as funções de uma antes extinta ou para lhe atribuir competência regulatória em matéria de saneamento básico, ao mesmo tempo que suprimiu essa mesma matéria de outra entidade reguladora. Não há, aqui, alteração do contrato, mas um mero exercício do poder de auto-organização típico das entidades federativas.

Veja-se que se trata de situação análoga às cláusulas de eleição de foro, muito comuns nos contratos em geral. É prerrogativa das partes estabelecer uma cláusula contratual elegendo, por exemplo, a vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza para dirimir os conflitos derivados daquele ajuste. O estabelecimento de tal cláusula não impede, contudo, que venha lei posterior e proceda com a extinção das varas da Fazenda. Porém, evidente que tal extinção terá consequências no contrato.

⁶ Conforme Carlos Maximiliano, se valendo das lições de Willoughby. (Carlos MAXIMILIANO. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 309).

Considerando que o contrato gera obrigações de natureza *inter partes*, ou seja, que não vinculam terceiros estranhos à relação contratual, estipulações que mencionem entidades públicas externas são válidas, mas não impedem que tais entidades, pela própria dinâmica da gestão pública, sejam alterações, inclusive nos aspectos de sua organização e competências.

Retomando o tema da consulta, uma vez que a titularidade dos serviços públicos é exercida colegiadamente, a decisão do Colegiado Microrregional, no exercício de suas competências legais⁷, pode atingir a agência reguladora mencionada no contrato, inclusive afastando-a do exercício de competências que antes lhe foram delegadas. Daí porque deixará ela de regular o contrato, não por o contrato ter sido alterado, mas porque ela não mais possuirá competência regulatória em relação aos serviços públicos cuja prestação é disciplinada pelo mesmo contrato.

Novamente, a mera previsão contratual de que certa entidade será responsável pela regulação dos serviços não a blindará da eventual perda superveniente de sua competência. É situação semelhante à perda superveniente da capacidade civil nas contratações privadas. Se a lei – ou o ato administrativo, quando a lei assim determinar – retirar competência de autoridades reguladoras, não será o contrato que lhes assegurará essa competência; este deverá se amoldar à nova realidade.

Ocorre que, considerando as profundas e recentes mudanças legislativas e institucionais no setor de saneamento, e a escassez de operadores do Direito familiarizados com essa especialidade, há riscos de eventual interpretação equivocada, em razão da leitura literal do art. 23, §1º-B, da LNSB.

⁷ A Lei Complementar nº 247/2021 prevê que cabe ao Colegiado Microrregional definir a autoridade reguladora

Diante disso, quando houver disposição expressa em contrato da entidade responsável pela regulação da prestação, por prudência se recomenda que o concessionário (ou prestador dos serviços) seja consultado. Com a sua aquiescência, fica afastada a vedação derivada da leitura equivocada (e inconstitucional) do dispositivo legal mencionado.

Apesar de ser estranho, e ofensivo aos valores republicanos, que o Poder Público peça autorização a um particular para o exercício de poder de autoridade, em face do risco de ser mal compreendido, parece-nos medida adequada.

1.2. Competência das Microrregiões para definição do regulador

A competência das Microrregiões cearenses é delimitada pelo art. 3º da lei⁸ sob duas óticas. Primeiro, pela ótica dos serviços públicos que lhes foram atribuídos, quais sejam: os serviços públicos de abastecimento de água, de esgotamento sanitário e de manejo de águas pluviais urbanas. Segundo, pela ótica das funções públicas em sentido estrito, ou seja, das atividades que as microrregiões devem desempenhar em relação a esses serviços: as funções de planejamento, regulação, fiscalização e prestação, direta ou contratada.

Ou seja, como consta da redação do art. 3º, as Microrregiões são competentes para planejar, regular, fiscalizar e prestar, direta ou indiretamente, os serviços de abastecimento de água, de esgotamento sanitário e de manejo de águas pluviais urbanas.

Observe-se que não é de se estranhar o teor dos dispositivos da Lei Complementar do Ceará. Isso porque, de um lado, é a própria Constituição que

⁸ “Art. 3.º São funções públicas de interesse comum das Microrregiões de Água e Esgoto o planejamento, a regulação, a fiscalização e a prestação, direta ou contratada, dos serviços públicos de abastecimento de água, de esgotamento sanitário e de manejo de águas pluviais urbanas.”

prevê as microrregiões e a sua instituição mediante lei complementar estadual; e, do outro lado, foi o Supremo Tribunal Federal que, ao interpretar o texto constitucional, conferiu ao instituto o alcance previsto pela legislação cearense, como resta claro na ementa do acórdão produzido no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842-RJ:

“Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto”

Além de prever essa regra de competência, a Lei Complementar nº 247/2021, do Estado do Ceará, dotou as Microrregiões de uma estrutura de governança composta pelo Colegiado Microrregional, pelo Comitê Técnico e pelo Conselho Participativo. Tais órgãos ficam incumbidos de desempenhar as atividades e tomar as decisões necessárias para efetivar, em termos concretos, as competências das Microrregiões.

No que diz respeito à função de regulação, a lei complementar estabelece que cabe ao Colegiado Microrregional definir a entidade reguladora:

Art. 7.º São atribuições do Colegiado Microrregional:

V – definir a entidade reguladora responsável pelas atividades de regulação e de fiscalização dos serviços públicos que integram funções públicas de interesse comum da Microrregião, bem como estabelecer as formas de prestação destes serviços;

Há, claro, requisitos que a entidade reguladora deve atender. Tais requisitos são previstos tanto pela LNSB, quanto pela Lei Complementar nº 247/2021.

A LNSB (art. 21⁹) prevê que o regulador deve ter “*natureza autárquica dotada de independência decisória, autonomia administrativa, orçamentária e financeira*”, atendendo aos “*princípios de transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões*”. São requisitos gerais, indispensáveis a todo e qualquer exercício da função regulatória.

A Lei Complementar nº 247/2021, por sua vez, estabelece requisitos mais específicos:

Art. 7.º São atribuições do Colegiado Microrregional:

(...)

V – definir a entidade reguladora responsável pelas atividades de regulação e de fiscalização dos serviços públicos que integram funções públicas de interesse comum da Microrregião, bem como estabelecer as formas de prestação destes serviços;

(...)

§ 6º A designação da entidade reguladora prevista no inciso V do *caput* deve recair em entidade que atenda ao previsto no art. 21 da Lei Federal n.º 11.445, de 2007, bem como que possua:

I – corpo diretivo colegiado, cujos integrantes sejam nomeados para exercício em termos não coincidentes;

II – capacidade técnica para atender às normas de referência editadas pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA;

III – procedimento institucionalizado para a aplicação de medidas sancionatórias;

IV – programas que assegurem a transparência, a integridade e o controle social, especialmente por meio de audiências e consultas públicas.

⁹ Lei nº 11.445/2007: “Art. 21. A função de regulação, desempenhada por entidade de natureza autárquica dotada de independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira, atenderá aos princípios de transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.”

A atual situação no Ceará, em que três autoridades desempenham as funções de regulação, deriva do fato de a LNSB, em sua redação original, prever que o titular dos serviços poderia delegar as funções de regulação e fiscalização a entidade reguladora dentro dos limites do respectivo Estado (art. 8º, §5º¹⁰ c/c art. 23, §1º¹¹).

Essa previsão possibilitava que os Municípios: (i) criassem suas próprias agências municipais – como é o caso da ACFor, em Fortaleza –; (ii) constituíssem, em conjunto, agências intermunicipais – a exemplo da Aris –; ou (iii) delegassem a regulação à agência estadual.

Nesse cenário, para além de transferir essa função de eleger o regulador para o âmbito colegiado, a Lei Complementar nº 247/2021 estabeleceu a seguinte regra de transição:

Art. 16. Enquanto não houver disposição em contrário do Colegiado Microrregional, as funções de regulação e fiscalização dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário serão desempenhadas pela Agência Reguladora do Estado do Ceará – ARCE nos Municípios que, antes da vigência desta Lei Complementar, não tenham atribuído o exercício dessas funções para outra entidade que atenda ao previsto no art. 21 da Lei Federal n.º 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

O artigo, apesar de disciplinar tema muito específico, não se traduz em novidade, sendo previsão comum de diversas leis complementares estaduais que instituíram microrregiões de saneamento básico. Nessa toada, curiosamente, tal

¹⁰ Lei nº 11.445/2021: “Art. 8º Os titulares dos serviços públicos de saneamento básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei no 11.107, de 6 de abril de 2005.”

¹¹ Lei nº 11.445/2021: “Art. 23. A entidade reguladora editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos: (...) §1º A regulação de serviços públicos de saneamento básico poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo Estado, explicitando, no ato de delegação da regulação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas.”

dispositivo foi questionado em sua constitucionalidade em relação às microrregiões do Estado do Paraná, sendo que o Judiciário, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade, rechaçou o questionamento e afirmou a constitucionalidade da disposição pelo seguinte fundamento:

“A alegação não prospera. Em consonância com as ponderações feitas pelo órgão ministerial, deve-se ter em vista que a norma em questão incide apenas no âmbito das Microrregiões, não interferindo nos modelos de prestação municipal isolada então vigentes. Além disso, trata-se de norma transitória, com racional justificativa, que, de rigor, já teve sua eficácia exaurida com a efetiva instalação das Microrregiões, a cujos Colegiados passou a ser cometida a tarefa de designar as respectivas agências reguladoras. Por fim, calha anotar que subsistem reservadas, ao Demandante, como, de resto, a quaisquer interessados, medidas e vias próprias de impugnação e responsabilização na eventual hipótese – que aqui se admite apenas a título de argumentação – de captura de agência pelo mercado e/ou de atuação tecnicamente não informada ou prejudicial ao interesse público.”¹²

Retomando, o dispositivo da Lei Complementar afirma que as delegações anteriores à sua vigência seriam mantidas desde que feitas em favor de entidades que atendessem ao disposto no art. 21 da LNSB. Na ausência de delegação, ou no caso de delegações feitas a entidades que não observassem ao art. 21 da LSNB, a Arce assumiria a função regulatória. **Essa situação, ressalte-se, não é permanente, valendo apenas até que haja decisão do Colegiado Microrregional.**

Com efeito, ambas as determinações postas no art. 16 – manutenção dos reguladores anteriores e assunção interina pela Arce nos demais Municípios – podem ser revistas pela Microrregião. Portanto, embora a pluralidade de

¹² TJPR, Órgão Especial, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0053958-45.2021.8.16.0000, rel. Desembargadora Ana Lúcia Lourenço, julgado em 5 jun. 2023.

reguladores tenha se mantido com a promulgação da Lei Complementar nº 247/2021, em consonância com o disposto no art. 16 acima transcrito, ela pode ser revista e extinta a qualquer tempo por decisão do Colegiado Microrregional.

Ressalta-se que, não fosse o disposto no art. 16 da Lei Complementar nº 247/2021, a atribuição isolada pelos Municípios da regulação a certa entidade ainda se faria possível, nos casos de omissão da Microrregião. É dizer, no cenário hipotético de inexistência da regra de transição acima explicitada, caso algum Município ainda não tivesse delegado as funções de regulação – ou as tivesse delegado a entidade que não atende aos parâmetros legais – poderia ele proceder com a delegação a entidade que a desempenhasse de forma interina, até a decisão do Colegiado Microrregional.

Isso porque, por a regra ser a autonomia municipal, ao Município cabe exercer suas competências em tudo aquilo que não contrarie as decisões ou a legislação complementar estadual que instituiu a região metropolitana, a aglomeração urbana ou a microrregião. Como constatamos em outra oportunidade, a verificação nesse caso é de mera *compatibilidade* e não de *conformidade*:

“a despeito de estar sujeito ao planejamento das funções públicas de interesse comum, em consonância com a região metropolitana, o Município mantém sua titularidade na prestação dos serviços de interesse local, podendo legislar sobre a matéria, bastando apenas que não contrarie o quanto disposto pela Região Metropolitana”¹³

De se perceber que, sendo essa a regra, a própria Lei Complementar especifica as situações em que a atuação isolada depende de anuência da Microrregião, como no caso da autorização para a prestação isolada dos serviços

¹³ Wladimir Antonio RIBEIRO; Raquel Lamboglia GUIMARÃES. Região metropolitana e competência municipal. In: Augusto Neves DAL POZZO et al. Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 532.

– art. 7º, VII, da Lei Complementar nº 247/2021. Nesse sentido, uma vez que o art. 16 já determinou as entidades que desempenharão as funções de regulação, até decisão em contrário do Colegiado Microrregional, não há espaço para atuação isolada dos Municípios nesse tema.

Dessa forma, caso um Município deseje alterar a entidade reguladora responsável com competência sobre os seus serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, deverá ele encaminhar requerimento à Microrregião, a qual deliberará a respeito, na forma de sua governança interna. Qualquer delegação promovida em desacordo com esse procedimento após a edição da Lei Complementar nº 247/2021 é nula.

2. Consequências da definição da Arce como a única reguladora nas Microrregiões

2.1. Transição das regras regulatórias

Com a assunção das competências regulatórias pela Arce nas localidades até então sujeitas à autoridade da ACFor e da Aris, surge a necessidade de se estabelecer uma transição do arcabouço regulatório anterior para o novo regime. Afinal, a pura e simples revogação de toda a disciplina regulatória editada pela ACFor e pela Aris poderia gerar problemas de ordem prática. Tal transição ocorrerá mediante o fenômeno da *recepção*.

Oriunda do Direito Constitucional, a teoria da recepção orienta como se dá a transição entre ordens jurídicas nos momentos de substituição de uma Constituição por outra. É que, em tese, tal substituição implica alteração do parâmetro de validade de todo o arcabouço legal até então vigente. Mas isso não significa que, com o advento de uma nova Constituição, toda a legislação anterior a deva ser descartada.

Conforme aponta André Ramos Tavares, “é extremamente difícil, se não impossível, mudar a Constituição e todas as demais leis (o que implica também na mudança dos atos normativos inferiores) de um só fôlego”.¹⁴ Disso decorre a necessidade da adoção de um método pelo qual seja possível avaliar a permanência de leis antigas na nova ordem jurídica. Isso, claro, desde que sejam compatíveis com esse novo ordenamento.

Esse método é conhecido como *teoria da recepção*, que estabelece “o procedimento pelo qual um ordenamento incorpora no próprio sistema a disciplina normativa de uma dada matéria assim como foi estabelecida num outro ordenamento”.¹⁵ A recepção de uma norma tem um aspecto material e outro formal. Materialmente, a norma é recepcionada com seu conteúdo inalterado. Mas, formalmente, ela é recepcionada como se tivesse sido editada segundo as regras do novo ordenamento. Conforme explica Norberto Bobbio:

as normas comuns ao velho e ao novo ordenamento pertencem apenas materialmente ao primeiro; formalmente, são todas normas do novo, no sentido de que elas são válidas não mais com base na norma fundamental do velho ordenamento, mas com base na norma fundamental do novo. (...) A recepção é um ato jurídico com o qual um ordenamento acolhe e torna suas as normas de outro ordenamento, onde tais normas **permanecem materialmente iguais, mas não são mais as mesmas com respeito à forma.**¹⁶

Um exemplo ajuda a esclarecer a questão. Suponha-se que uma lei ordinária seja recepcionada por uma nova Constituição, mas que, de acordo com essa Constituição, a matéria antes disciplinada por lei ordinária deva ser objeto de lei complementar. Nesse caso, o conteúdo da lei é inalterado (aspecto

¹⁴ André Ramos TAVARES. **Curso de Direito Constitucional**. 20. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 130.

¹⁵ Norberto BOBBIO. *A teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; Revisão Técnica Cláudio de Cicco. Brasília. Universidade de Brasília. 6ª Edição. 1995. p. 177.

¹⁶ Norberto BOBBIO. **A teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; Revisão Técnica Cláudio de Cicco. Brasília. Universidade de Brasília. 6ª Edição. 1995. p. 177.

material), mas ela passa a ser considerada uma lei complementar, e não mais uma lei ordinária (aspecto formal). É precisamente o que ocorreu com o Código Tributário Nacional após o advento da Constituição de 1988.

A teoria da recepção foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 2. Na ocasião, a Corte entendeu não ser possível falar-se em inconstitucionalidade de leis anteriores à Constituição de 1988. Segundo o entendimento firmado, as normas anteriores são ou recepcionadas, ou revogadas. Isso expõe outro aspecto relevante da recepção, qual seja, que ela se dá de maneira imediata. Precisamente por isso que as análises posteriores meramente reconhecem que a norma foi recepcionada ou reconhecem a sua revogação.

Ainda segundo o STF, o exame de recepção, método pelo qual se avalia se uma norma pode ser recepcionada pela nova ordem jurídica, se dá com base na compatibilidade do conteúdo do ato normativo com a nova Constituição.¹⁷⁻¹⁸ Se a norma for materialmente compatível com a nova ordem jurídica, será por ela recepcionada e permanecerá válida, na forma definida por essa nova ordem.

Trazendo os conceitos para o caso em tela, a troca de paradigma consiste na substituição das entidades reguladoras. O fundamento de validade dos regulamentos deixará de ser a competência regulatória das agências municipal e

¹⁷ Exemplificativamente: “Consoante a teoria da recepção, promulgada a nova Carta Política, todo o ordenamento jurídico infraconstitucional é recebido pela Constituição nova, desde que com ela seja materialmente compatível. Nesse contexto, a recepção do ordenamento infraconstitucional anterior independe de previsão expressa no texto da Constituição nova.” (ARE 1.013.905, Rel. Min. Roberto Barroso, decisão monocrática, DJU 17.02.2017); e “Esta Corte já reconheceu que a recepção de normas pela Constituição ocorre considerando a compatibilidade do conteúdo do ato normativo” (ADPF 419 ED, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2021).

¹⁸ Nesse mesmo sentido, TAVARES: “Em outro giro, os requisitos para que haja recepção são: i) existência jurídica da lei antiga na data imediatamente anterior à entrada em vigor da nova Constituição; ii) compatibilidade entre o conteúdo dessa lei e os novos comandos constitucionais.” (TAVARES, André R. *Curso de Direito Constitucional*. 20. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 131)

intermunicipal e passará a ser a competência da agência estadual. Nesse sentido, as normas editadas pela ACFor e pela Aris serão imediatamente recepcionadas pela Arce e passarão a vigorar como se fossem resoluções da própria Arce.

No tocante ao *exame de recepção*, o ponto principal diz respeito às incompatibilidades materiais entre as competências dos reguladores anteriores e do novo. Explicando melhor, tendo em vista que a competência a ser atribuída à Arce diz respeito à regulação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, por óbvio que normas editadas pela Aris, por exemplo, relativas aos serviços públicos de limpeza pública e de manejo de resíduos sólidos urbanos não serão recepcionadas.

Acentua-se que duas implicações práticas relevantes devem ser levadas em conta. Em primeiro lugar, eventual modificação ou revogação posterior das normas recepcionadas exigirá norma de mesma hierarquia. Noutras palavras: somente poderá ocorrer por resolução, editada após regular processo normativo. Em segundo lugar, após a recepção das normas, a Arce deverá, em prol da efetiva uniformização regulatória, realizar um esforço de convergência entre essas normas e as suas próprias. Deverá consolidar as disciplinas jurídico-regulatórias, aperfeiçoando-as.

Vale esclarecer que não haverá conflito normativo, ainda que um mesmo assunto seja regulamentado de maneira diferente pela Arce e pelas outras duas entidades. Nesse cenário, os regulamentos recepcionados prevalecerão para fins de regência das relações jurídicas antes reguladas pela Aris e pela ACFor, até que haja a referida consolidação. Trocando em miúdos, as prestações continuarão a ser exercidas com as mesmas condições gerais atuais, remuneradas a partir da mesma estrutura tarifária atual, até que a Arce decida por revogar ou alterar as normas recepcionadas.

De outro turno, caso a Aris e a ACFor venham a revogar normas já recepcionadas, tais normas serão revogadas apenas para o âmbito internos das ditas agências, permanecendo vigentes em relação à Arce, até que ela (Arce) as revogue.

Assim, de qualquer forma, é extremamente importante que a agência reguladora nova proceda o mais rápido possível com a indicação, no estoque regulatório recepcionado, do que será mantido e do que será revogado. Por mais que, como dito acima, não haja um conflito normativo, a convivência de diferentes regulamentos sobre uma mesma matéria pode gerar complexidades. À título de exemplo, a convivência de duas ou mais normas sobre processo sancionatório pode abrir margem para questionamento sobre adoção da regra mais benéfica ao acusado.

2.2. Remuneração regulatória

O tema da remuneração regulatória possui crucial importância para a qualidade regulatória e, nomeadamente, para a *independência decisória* prevista no *caput* do artigo 21 da LNSB. A remuneração regulatória relaciona-se diretamente com a autonomia financeira do regulador, que consiste na garantia de que possuirá fontes de receitas próprias, para além daquelas de cunho orçamentário provenientes da Administração Central, de modo a assegurar que esta última não interfira nas atividades regulatórias da agência.

Na prática, é possível encontrar diferentes mecanismos voltados a assegurar receitas próprias às agências, tais como as taxas de regulação, de fiscalização ou ainda as participações em contratos e convênios firmados no setor.¹⁹ Observe-se que se trata de dois modelos: *(i)* taxa pelo exercício de dito

¹⁹ Luís Roberto BARROSO. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. in MORAES, Alexandre de (org.). Agências Reguladoras. São Paulo, Atlas, 2002, p. 125.

poder de polícia; ou *(ii)* remuneração pelo custo de regulação de serviços públicos, os quais integram a tarifa paga pelos usuários, por também serem custos do próprio serviço público.

O uso da taxa, contudo, não resiste a uma análise mais aprofundada, na medida em que a regulação de serviços públicos não possui natureza de poder de polícia. Conforme esclareceu Marcos Juruena Villela Souto, a remuneração pela atividade regulatória, quando a regulação incide sobre serviço público, não é um tributo, porque não se trata de o Poder Público limitar uma atividade do privado, em prol do interesse coletivo, mais se tratando de velar pela execução de uma atividade pública (delegada a entidade de direito privado, o que não a faz menos pública)²⁰. Não há, portanto, exercício de poder de polícia a ser remunerado, mas sim uma parcela da remuneração da prestação do serviço público.

A tarifa, desse modo, tem fundamento contratual. Justifica-se pelo fato de os custos administrativos da regulação integrarem os custos do serviço. Afinal, quem usufrui dos serviços de saneamento básico também usufrui de seu planejamento e regulação, pelo que a tarifa que lhe é imposta também se refere aos custos destas atividades.

As receitas advindas da parcela da tarifa referente aos custos de remuneração, por óbvio, devem ser entregues a quem exerce a regulação, como retribuição pela sua atividade. Sendo os custos com a regulação também **custo dos serviços**, integrando a tarifa paga pelo usuário, não faria sentido que esse valor permanecesse com o prestador, ao invés de ser destinado ao regulador.

Neste sentido, a remuneração contratual dos agentes reguladores assumiria a natureza de *preço público*, previsto contratualmente, ou por força do

²⁰ Marcos Juruena Villela SOUTO. Agências Reguladoras. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, edição de 30/10/2002.

próprio ato instituidor da tarifa. A autorização legal para tanto seria a discricionariedade, atribuída ao Poder Concedente, para definir a repartição de encargos nos contratos de concessão, definindo sua equação econômico-financeira inicial, fazendo inserir dentre os encargos do concessionário a obrigação de pagar determinado valor à agência reguladora a título de custeio de suas atividades regulatórias.

Quanto ao cálculo da remuneração regulatória, este pode se valer de diversos critérios. Em todo caso, deve haver uma correspondência entre as atividades desempenhadas pelo regulador e os valores cobrados a título de sua remuneração. Nesse sentido, deve haver uma metodologia pré-estabelecida, que determine a estrutura de custos a serem considerados. O custo total das atividades regulatórias, resultante de tal metodologia, é então acrescido na receita requerida da prestação, no momento da determinação da tarifa.

No tocante à instituição ou alteração do preço público relativo à remuneração regulatória, isso poderá se dar por disposição contratual no instrumento que fundamenta a prestação ou, como é mais comum, por meio de resolução da própria entidade reguladora – muitas vezes limitada por parâmetros contratuais relativos a valor teto, atividades que podem ou não ser remuneradas e metas de eficiência –, sendo tal disciplina apenas reconhecida pelo contrato.

Ainda, considerando que se trata de regulação de serviços públicos de saneamento básico, há de se ter em conta o disposto no art. 23, § 1º, da Lei federal nº 11.445/2007:

Art. 23. (...)

§ 1º A regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora, e o ato de delegação explicitará a

forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas.

Desse modo, o primeiro passo para a instituição de uma tarifa para remuneração da Arce, como reguladora de todos os Municípios delas integrantes, consiste na previsão, na resolução do Colegiado Microrregional que delegue as funções à Arce, de que o tema da remuneração regulatória está abrangido na delegação e será tratado em regulamento próprio da entidade. Tal técnica normativa é conhecida como reenvio, através da qual uma norma jurídica faz referência a uma norma técnica – existente ou a ser produzida –, conferindo efeitos jurídicos a esta.

Diante dessa delegação, caberá à Arce, após devido processo normativo, editar resolução especificando as atividades e custos que serão considerados na composição da tarifa, bem como sua metodologia de cálculo. O conteúdo desse ato normativo pode ser condicionado pela própria resolução do Colegiado Microrregional, da mesma forma que poderia ter sido condicionado por disposições contratuais, com estabelecimento de valor teto, metas de eficiência operacional ao longo dos anos etc.

Considerando analogicamente as disposições da Lei federal nº 13.848, de 25 de junho de 2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras – a qual é vinculante apenas quanto às agências federais, mas congrega as melhores práticas relativas a tais entidades –, seria prudente a determinação de que a Arce deva elaborar e encaminhar para deliberação do Comitê Técnico da Microrregião (i) plano de gestão anual e (ii) prestação anual de contas.

À título de exemplo, poderia ser estabelecido que a Arce encaminhe até 30 de setembro de cada ano o plano de gestão anual referente ao exercício seguinte, devendo este ser aprovado pelo Comitê Técnico da Microrregião até 31

de dezembro. Do mesmo modo, poderia ser estabelecido que a entidade reguladora envie até 30 de abril a prestação de contas referente ao exercício anterior, para apreciação pelo Comitê Técnico.

Veja-se ainda que, considerando que a legislação federal determina como conteúdo mínimo do plano de gestão anual (i) as metas de desempenho administrativo e operacional, (ii) a estimativa de recursos orçamentários e (iii) o cronograma de desembolso dos recursos financeiros, a exigência de sua elaboração se mostra compatível com a intenção de instituição de tarifa de remuneração regulatória, tendo em vista a necessária estimativa da estrutura de custos das atividades de regulação.

2.3. Possibilidade de articulação da ARCE com a ACFOR e a ARIS

Uma vez que o Colégio Microrregional defina a Arce como autoridade reguladora, deixará de existir competência *efetiva* da ACFor e da Aris sobre a matéria, mas permanecendo a competência *potencial*, por que prevista nos seus respectivos atos de criação. Por isso, considerando a atuação dessas agências na regulação dos serviços de saneamento, é possível se estabelecer, entre elas e a Arce, uma relação de cooperação.

A Constituição de 1988 adotou um federalismo de tipo cooperativo, com um largo espectro para atuação conjunta de entes da federação. Isso pode se dar na forma de um auxílio mútuo, inclusive mediante execução delegada de competências, ou na execução de tarefas comuns, em situações que exigem articulação de diversas competências.

Para compreender essa relação de cooperação, necessário revisitar as três categorias de competências. O primeiro tipo é o da competência *decisória*, que envolve o planejamento das medidas, a elaboração das respectivas normas jurídicas e o controle de sua execução. O segundo tipo é o da competência

executória, que consiste no direito ou no dever de um nível governamental executar uma função pública. O terceiro tipo é o da competência de *financiamento*, que corresponde ao dever de uma esfera de governo arcar com as despesas diretamente vinculadas ao cumprimento da função.²¹

Embora seja difícil cogitar uma delegação de competências decisórias e de financiamento no presente caso, viável a delegação de competências executórias. Haveria, para tanto, justificativas jurídicas e práticas.

Do ponto de vista jurídico, nosso sistema constitucional privilegia a descentralização, no sentido de que as funções públicas sejam executadas no âmbito local, próximo dos cidadãos, sempre que possível. Do ponto de vista prático, pode ser mais eficiente e econômico que, na execução de funções em determinado local, a Arce se valha das estruturas administrativas municipais ou intermunicipais existentes, desde que elas sejam adequadas.²²

Tal tema, mais uma vez, não se trata de novidade. Tanto é assim que a Lei federal nº 13.848, de 25 de junho de 2019, que *dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras*, possui um capítulo dedicado à interação operacional entre as agências reguladoras de entes federativos diferentes, utilizando-se exatamente dos mesmos fundamentos aqui expostos.

Para que essa articulação entre Arce, ACFor e Aris ocorra, é preciso que as Microrregiões, no ato em que definirem a Arce como autoridade reguladora, prevejam essa possibilidade e os critérios em que ela deve se dar – *mutatis*

²¹ Marcos Ribeiro de MORAES. *As relações intergovernamentais na República Federal da Alemanha – uma análise econômico-institucional*. S. Paulo: Fundação Konrad Adenauer – Pesquisas, n. 22, 2001, p. 101.

²² Andreas KRELL. *Parecer sobre o decreto regulamentar da Lei 11.107/05*, p. 62 – texto não publicado a que tivemos acesso por especial deferência de seu autor.

mutandis, realizando o mesmo papel do mencionado capítulo da Lei federal nº 13.848/2019.

Quanto ao instrumento jurídico cabível para viabilizar a cooperação entre as agências, o caminho constitucional e legal é a *gestão associada de serviços públicos*, prevista pelo art. 241 da Constituição²³ e disciplinada, em âmbito legal, pela Lei nº 11.107/2005.

A *gestão associada de serviços públicos*, é consiste no exercício, em regime de cooperação federativa, das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviço público, acompanhada ou não de sua prestação²⁴.

Uma vez que a gestão associada é inerente ao próprio regime jurídico microrregional, porque a microrregião é, por exigência constitucional, instituto de integração interfederativa, o passo seguinte será celebrar um *contrato de programa* que “*constitua e regule*”, em concreto, as obrigações constituídas entre as agências que exercem cooperação²⁵.

Importante sublinhar, como adverte Hohmann, que o contrato de programa pode ter variados objetos, não se circunscrevendo à disciplina da delegação da prestação de serviços públicos²⁶. Ou seja, o contrato de programa,

²³ Constituição da República: “Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.”

²⁴ Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007, art. 2º, IX.

²⁵ Lei nº 11.107/2005: “Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.”

²⁶ Ana Carolina HOHMANN. O contrato de programa na Lei federal 11.107/05. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

como já esclarecemos em outra oportunidade, possui por objeto “a coordenação de atividades dos órgãos ou entidades públicas, de entes federativos diferentes ou interfederativos, na realização de específicos objetivos de interesse público, desde que estes não se resumam na mera transferência de recursos financeiros”²⁷.

Deve-se esclarecer, a esse respeito, que a vedação prevista pelo art. 13, §3º, da Lei federal nº 11.107/2005 não se aplica ao caso. Segundo o dispositivo, “*é nula a cláusula de contrato de programa que atribuir ao contratado o exercício de poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços por ele próprio prestados*”. A vedação não se aplica por um motivo simples: os serviços regulados pelas agências contratadas não são prestados por elas, mas sim por terceiros.

3. Respostas aos quesitos

Diante do exposto, passa-se à resposta dos quesitos.

Em relação à competência das microrregiões de designar a entidade reguladora:

- i. Após a instituição das microrregiões, a atribuição de funções a uma entidade reguladora deve, obrigatoriamente, passar pela aprovação do Colegiado Microrregional a qual o Município pertence?*

Sim. Tendo em vista que a Lei Complementar nº 247/2021 reconheceu como função pública de interesse comum a regulação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário (art. 3º), a competência para designação da entidade reguladora foi deslocada do âmbito de atuação isolada do Município para o âmbito colegiado (art. 7º, V).

Mesmo considerando que análise da adequação dos Municípios em relação às normas (instituidoras e derivadas) da Microrregião é de

²⁷ Wladimir Antonio RIBEIRO. O contrato de programa. In: Maria Luiza Machado GRANZIERA; Carlos Roberto de OLIVEIRA (coords.). O novo marco do saneamento no Brasil. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

mera compatibilidade, e não de conformidade, uma vez que o art. 16 da Lei Complementar nº 247/2021 dispõe de modo exaustivo sobre a delegação de funções regulatórias, até que haja decisão do Colegiado Microrregional, não há espaço para atuação isolada dos Municípios.

Qualquer delegação isolada promovida após a edição da Lei Complementar, portanto, é nula.

Em relação aos municípios delegados à Aris:

- ii. Como se dará a cobrança da taxa de regulação, haja vista que a delegação à Aris se deu por meio de lei municipal?*

A cobrança de taxa de regulação, por mais que consista prática comum, não é tecnicamente correta, tendo em vista que não há exercício de poder de polícia. Idealmente, a remuneração regulatória deve se dar por meio de preço público, sendo incluída na tarifa paga pelo usuário.

- iii. Como ficará a regulação dos resíduos sólidos, considerando que todos os serviços públicos de saneamento básico tiveram sua regulação delegada à Aris?*

O serviço público de manejo de resíduos sólidos não foi considerado como função pública de interesse comum pela Lei Complementar nº 247/2021, do Ceará. Com isso, as Microrregiões poderão delegar à Arce a regulação apenas dos serviços públicos de abastecimento de água, de esgotamento sanitário e de manejo de águas pluviais urbanas. A regulação dos serviços públicos de manejo dos resíduos sólidos e de limpeza pública, por essa razão, permanecerá sob a competência da Aris.

- iv. No caso da concessão do Crato, a regulação permanecerá com a Aris, haja vista haver previsão contratual sobre esta ser a reguladora? A Arce se tornaria reguladora do Saaec (abastecimento de água)?*

Entende-se que, caso o Colegiado Microrregional, na forma da Lei Complementar nº 247/2021, defina a Arce como autoridade reguladora no Município do Crato, a referida previsão contratual perderá eficácia, por conta da perda de competência concreta da Aris.

Entretanto, por prudência, sugere-se evitar alterações unilaterais do regulador, quando houver previsão contratual expressa, como no caso do Crato. Assim, a recomendação é que a Microrregião oficie ao prestador, o consultando sobre a modificação do âmbito de competência da atual entidade reguladora.

- v. *A Aris já editou resolução sobre as condições de prestação dos serviços. Como deve ser a migração entre as resoluções da Aris para um padrão definido pela Arce (sempre em consonância com as NRs da ANA)?*

A norma da Aris sobre condições de prestação dos serviços será recepcionada pela Arce e permanecerá válida como se tivesse sido por ela editada, até que haja sua modificação ou revogação pela Arce. Isso se dará também com todos os regulamentos editados pela Aris que incidam sobre os serviços públicos que regulava e que passarão a ser regulados pela Arce. Eventuais questões de regras de transição ou uniformização a um padrão único serão decididas pela própria Arce, no momento que proceder com a consolidação regulatória.

Em relação às atividades da ACFor e Aris:

- vi. *Caso a Arce delegue parte das operações à ACFor e Aris, qual o instrumento que as agências devem celebrar?*

Em primeiro lugar, os atos das Microrregiões que definirem a Arce como autoridade reguladora devem prever a possibilidade de delegação, bem como os critérios segundo os quais ela poderá ocorrer. Havendo tal possibilidade jurídica, o instrumento jurídico

é o contrato de programa, celebrado entre as agências para estabelecer e disciplinar as obrigações de cada uma.

- vii. *Considerando que estas agências não desempenham todas as atividades atinentes à regulação, não realizando fiscalização dos serviços, por exemplo, faz sentido a parceria entre a Arce e essas agências?*

A avaliação da conveniência e oportunidade de eventual parceria com a Aris e a ACFor deve ser avaliada em concreto pela Arce. Contudo, utilizando-se analogicamente o previsto na legislação federal, a delegação poderá se operar “desde que a agência reguladora ou o órgão de regulação da unidade federativa interessada possua serviços técnicos e administrativos competentes devidamente organizados e aparelhados para a execução das respectivas atividades” (art. 34, § 2º, da Lei federal nº 13.848/2019)

- viii. *Como deve ser a transição da regulação dessas agências para a Arce, considerando que a delegação das MRs será imediata?*

Como dito, todas as normas regulamentares materialmente compatíveis com a competência da Arce serão imediatamente recepcionadas, como se tivessem sido por ela editadas, no momento que houver a substituição da entidade reguladora, de forma que não haverá vácuo normativo. No tocante à efetiva transição normativa, esta poderá ser definida pela própria Arce, no momento que proceder com a consolidação regulamentar.

Em relação à remuneração regulatória

- ix. *A taxa de regulação da ACFor é baseada no faturamento da Cagece no Município. Permaneceria a mesma base de cálculo ou se poderia migrar para a base atualmente utilizada pela Arce?*

A remuneração regulatória fixada pela Aris e pela ACFor possui base em suas estruturas e respectivos custos – que foram considerados nos atos de sua instituição, seja para serem valores

suficientes, seja para evitar excesso de exação. Logo, a sua singularidade, que lhe é elemento essencial, é evidentemente diferente das estruturas e custos da Arce. Por isso, não há que se falar em recepção.

Entretanto, a cobrança de taxa de regulação, por mais que consista prática comum, não é tecnicamente correta, tendo em vista que não há exercício de poder de polícia. Idealmente, a remuneração regulatória deve se dar por meio de preço público, eis que parcela da tarifa paga pelo usuário.

Olhando para a Lei nº 12.786, de 30 de dezembro de 1997, do Ceará, que criou a Arce, esta prevê que a sua remuneração regulatória é “percentual incidente sobre a tarifa cobrada por concessionária ou permissionária de serviço público delegado” (art. 34, I) – sendo o prestador a Cagece ou não.

Observe-se que tal remuneração regulatória possui natureza de preço público, não de taxa. Assim, a determinação da metodologia de cálculo dessa tarifa de remuneração regulatória deverá ser feita em resolução da própria Arce.

Em relação ao saneamento rural

- x. *A delegação das MRAEs à Arce já incluiria o saneamento rural ou será omissa neste tema?*

A inclusão ou exclusão da regulação do saneamento rural na delegação à Arce consiste em opção discricionária do Colegiado Microrregional. Não se enxerga, contudo, justificativas técnicas para tal segregação da regulação do saneamento rural.

Sobre a regulação do manejo de águas pluviais urbanas

- xi. *A lei das microrregiões considerou como funções públicas de interesse comum os serviços públicos de abastecimento de água,*

de esgotamento sanitário e de manejo de águas pluviais urbanas. Isto significa que a Arce regulará o manejo das águas pluviais urbanas?

A inclusão ou exclusão da regulação do serviço público de manejo de águas pluviais urbanas na delegação à Arce consiste em opção discricionária do Colegiado Microrregional.



Wladimir Antônio Ribeiro

OAB/SP nº 110.307